



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2019

Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären

Von der Crone, Hans Caspar ; Baumgartner, Fleur

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-184088>

Book Section

Originally published at:

Von der Crone, Hans Caspar; Baumgartner, Fleur (2019). Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären. In: Trigo Trinitade, Rita; Bahar, Rashid; Neri-Castracane, Giulia. Vers les sommets du droit: Liber amicorum pour Henry Peter. Geneve: Schulthess Éditions Romandes, 265-281.

Vers les sommets du droit

Liber amicorum pour Henry Peter

Édité par
Rita Trigo Trindade
Rashid Bahar
Giulia Neri-Castracane



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT



Vers les sommets du droit

Liber amicorum pour Henry Peter

Édité par
Rita Trigo Trindade
Rashid Bahar
Giulia Neri-Castracane



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2019

Citation suggérée de l'ouvrage: TRIGO TRINDADE/BAHAR/NERI-CASTRACANE (éds), Vers les sommets du droit : *liber amicorum* pour Henry Peter, Genève/Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8749-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Avant-propos	V
---------------------------	----------

I. Droit commercial, exécution forcée, arbitrage

Athletes & Social Media : What constitutes Ambush Marketing in the Digital Age ? The Case of Rule 40 of the Olympic Charter.....	3
---	----------

DE WERRA, JACQUES

Assainissement des particuliers : état des lieux et perspectives	25
---	-----------

JEANDIN, NICOLAS / RAMELET-TELQIU, ALISA

Atteintes à la santé, prescription des créances et fonds d'indemnisation	47
---	-----------

JUNOD, VALÉRIE

La mise en gage d'actions représentées par des jetons numériques (tokens).....	67
---	-----------

LEIBENSON, JOËL / BÉTRISEY, FRÉDÉRIC

Le trust et les huissiers	85
--	-----------

MARCHAND, SYLVAIN

A Wig for Arbitrators: What Does It Add?	105
---	------------

SCHULTZ, THOMAS / BACHMANN, CLÉMENT

II. Droit des sociétés

La diffusion de la notion d'ayant droit économique en droit suisse des sociétés	123
BERISHA, ELMA	
Suspendierung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle	143
BERTSCHINGER, URS	
Prix d'émission et exercice mesuré des droits.....	161
CHENAUX, JEAN-LUC / BEROUD, GUY	
Shaping Takeover Law : Die personelle Zusammensetzung der UEK und ihrer Vorgängerorganisation.....	177
EMMENEGGER, SUSAN / BIGLER, ANDREA	
Conflit d'intérêts et carence dans l'organisation.....	191
MUSTAKI, GUY	
Le dommage, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs de sociétés en faillite ?	207
SAUERWEIN, NINA	
Le dommage direct du créancier dans la responsabilité des organes : un cadeau empoisonné ?	223
STOFFEL, WALTER A. / CONSTANTIN, ARNAUD	
La transmission d'entreprise au moyen d'un trust suisse	239
THÉVENOZ, LUC	
Quand l'annulation est une sanction excessive.....	251
TRIGO TRINDADE, RITA	

Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären.....	265
VON DER CRONE, HANS CASPAR / BAUMGARTNER, FLEUR	

Proxy Advisors – wie weiter?	283
VON PLANTA, ANDREAS	

III. Responsabilité sociétale des entreprises

Les valeurs communes au cœur d'un écheveau pluri-actriel.....	297
BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE	

Responsabilité sociale des entreprises : responsabilité de la société mère ou de son conseil d'administration ?.....	309
CHABLOZ, ISABELLE / PERRIARD, JULIE	

Les standards internationaux en matière de finance durable: interactions entre démarches volontaires et exigences légales.....	329
DARBELLAY, ALINE / STOYANOVA, HRISTINA	

Réflexions sur l'usage stratégique du droit des sociétés et les quotas de genre dans les organes dirigeants.....	345
DE ROSSA GISIMUNDO, FEDERICA / CAVADINI-BIRCHLER, FRANCESCA	

The Role of Pension Funds in the Low-carbon Transition	365
KARAMETAXAS, XENIA	

The Place of Non-Trade Concerns in International Trade	379
MARCEAU, GABRIELLE / MARQUET, CLÉMENT	

Finance for society : The rise of social impact investing.....	391
MAXIMILIAN MARTIN	

La diligence en matière de droits de l'homme des principes Ruggie en Suisse.....	411
NERI-CASTRACANE, GIULIA	

La gestion sociale et environnementale, un devoir des dirigeants sociaux	427
---	------------

PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE

How High can the Bird Fly – Human Rights Compliance in Businesses	443
--	------------

WEBER, ROLF

IV. Philanthropie

Philanthropie et but lucratif : la quadrature du cercle ?	459
--	------------

BAHAR, RASHID

La philanthropie : une affaire genevoise ?	481
---	------------

DERMANGE, FRANÇOIS

Businessmen ou philanthropes ? Réflexions sur la rémunération des membres de l'organe supérieur de direction d'organisations à but non lucratif	493
--	------------

JACQUEMET, GUILLAUME

Philanthropie et sport : l'incohérence de la lutte contre le dopage	515
--	------------

KUHN, ANDRÉ / SERRANO, SOPHIE

An Act of Love? Tax Aspects of Corporate Philanthropy	529
--	------------

LIEDEIKYTE HUBER, GIEDRE

P comme Peter et...Philanthropie À propos de quelques précurseurs de la philanthropie du droit international	541
---	------------

MBENGUE, MAKANE MOÏSE

L'imposition des prestations philanthropiques transfrontalières - L'apport potentiel des normes de droit fiscal international, notamment des conventions de double imposition	557
--	------------

OBERSON, XAVIER

Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären

Inhaltsverzeichnis	Seite
Einleitung	266
I. Regelpublizität.....	267
A. Geschäftsbericht	267
B. Kommunikation mit den Aktionären.....	268
1. Geltendes Recht : Auflage und Zustellung von Geschäfts- und Revisionsbericht	268
2. Revisionsvorlage : Zugänglichmachung der Informationen	269
3. Würdigung	270
II. Informationsrechte.....	271
A. Auskunftsrecht	271
1. Gegenstand des Auskunftsanspruchs.....	271
2. Auskunft an der Generalversammlung	272
3. Auskunft ausserhalb der Generalversammlung	273
B. Einsichtsrecht.....	276
C. Grenzen der Informationsrechte	277
1. Geschäftsgeheimnisse	279
2. Geheimhaltungsanspruch Dritter	279
D. Verfahren.....	280
Schlussbemerkungen	281
Literaturverzeichnis.....	282

* Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und MLaw Fleur Baumgartner, beide Universität Zürich.

Einleitung

Die Aktienrechtsrevision ist mittlerweile Teil der juristischen Zeitgeschichte geworden. Schon die Revision von 1991 beanspruchte ein Vierteljahrhundert. Die Anfänge des aktuellen Revisionsvorhabens gehen ins Jahr 2001 zurück. Wir bewegen uns zeitlich gesehen also im üblichen Rahmen. Die lange Dauer von Revisionsprojekten im Bereich des Aktienrechts widerspiegelt bis zu einem gewissen Grad die langfristige Anlage der Aktiengesellschaft selbst. Weil Aktiengesellschaften von vornherein auf Dauer angelegt sind, besteht ein natürliches Interesse an einem stabilen Rechtsrahmen und umgekehrt eine ausgeprägte Skepsis gegenüber allen Neuerungen und seien diese auch noch so wohl durchdacht und funktional zweckmässig. Gleichzeitig ist das Aktienrecht im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten einem überdurchschnittlich grossen Anpassungsdruck ausgesetzt. Erwähnt sei nur die stark gestiegene Erwartung bezüglich der Rechenschaftsablage und Transparenz oder der Übergang von einem primär schweizerischen zu einem überwiegend internationalen Aktionariat bei den grossen Publikumsgesellschaften. Materiell gesehen hat sich das Schweizerische Aktienrecht denn auch als ausgesprochen anpassungsfähig erwiesen.¹ Der gelegentlich entstehende Eindruck, das Aktienrecht entziehe sich gewissermassen der Revision, entspricht nicht den Tatsachen; ganz im Gegenteil. Wenn notwendig wird gerade im Bereich des Aktienrechts rasch und wirkungsvoll gehandelt. Die aktienrechtliche Evolution ist in vollem Gange. Weil das Projekt einer Revision des Kernaktienrechts über so lange Zeit auf der politischen Traktandenliste steht, wird es zudem immer wieder zur Plattform für tagesaktuelle Vorstösse, denen dann typischerweise mehr Aufmerksamkeit

¹ Als Beispiele in chronologischer Reihenfolge : Die Regelung der öffentlichen Kaufangebote und der Meldepflicht für bedeutende Beteiligungen im Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG) im Jahr 1996, die Verpflichtung zur Rechnungslegung nach dem Grundsatz der Fair Presentation für Publikumsgesellschaften durch Revision des Kotierungsreglements ebenfalls im Jahr 1996, der Erlass der Bestimmungen über die Revisionsaufsicht (RAG/RAB) im Jahr 2007, die Pflicht zur unverzüglichen Information über kursrelevante Ereignisse, die sogenannte Ad-hoc Publizität für Publikumsgesellschaften im Jahr 2008, die Schaffung einer formellen Grundlage für die Entmaterialisierung von Aktientitel durch Erlass des Bucheffektengesetzes im Jahr 2009, der Erlass der Regeln über die Salär Governance gestützt auf Art. 95 Abs. 3 BV, die sogenannte Abzocker-Initiative und die dazugehörige VegüV im Jahr 2014 und schliesslich die Totalrevision des Rechnungslegungsrechts, die auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist.

geschenkt wird, als den aktienrechtlichen Bestimmungen selbst. Aktuelle Beispiele dazu sind das Aktienrecht als Ort der Diskussion über die Gleichstellung der Geschlechter, über ethische Standards für international tätige Rohstoffunternehmen oder über die Verantwortung von Konzernen für die Nichteinhaltung von Menschenrechten in ihren Lieferketten. Wer sich für das Kernaktienrecht interessiert, mag das bedauern, wird es aber als Realität eines demokratischen Rechtsstaates akzeptieren müssen.

I. Regelpublizität

Grundlage der sogenannten Regelpublizität, also der periodischen, von der Gesellschaft ausgehenden Berichterstattung zuhanden der Aktionäre, ist die Rechnungslegung. Anhand der Rechnungslegung informiert der Verwaltungsrat die Aktionäre aktiv über den Geschäftsgang. Auf die ordentliche Generalversammlung hin muss die Gesellschaft den Aktionären den Geschäftsbericht samt dazugehörigem Bericht der Revisionsstelle zugänglich machen. Mit der Rechnungslegung können sich die Aktionäre ein zuverlässiges Urteil der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens bilden (Art. 958 Abs. 1 OR).²

A. Geschäftsbericht

Nach Art. 958 Abs. 2 OR erfolgt die « *Rechnungslegung [...] im Geschäftsbericht* ». Kern des Geschäftsberichts ist die Jahresrechnung, die sich aus der Bilanz, der Erfolgsrechnung und dem Anhang zusammensetzt (Art. 958 Abs. 2 OR).³ Untersteht die Gesellschaft der ordentlichen Revision (Art. 727 OR) hat der Geschäftsbericht zudem einen Lagebericht, eine Geldflussrechnung und Angaben zu den langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten und zu den Honoraren für die Revisionsstelle zu enthalten (Art. 961 OR in Verbindung mit Art. 961a OR). Aktiengesellschaften, deren Aktien zumindest teilweise an der Börse kotiert sind, haben darüber hinaus einen sogenannten « *Abschluss nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung* » zu erstellen (Art. 962 OR). In Frage kommen dafür die Standards Swiss GAAP FER, IFRS und US GAAP. Gemeinsamer Nenner dieser Standards ist der Grundsatz der Fair Presentation. Der Abschluss nach anerkanntem Standard hat ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu geben und kann sich nicht bloss

² BSK OR II-NEUHAUS, MARKUS, R. / SUTER, DANIEL, N 5 zu Art. 958.

³ BSK OR II-NEUHAUS, MARKUS, R. / SUTER, DANIEL, N 1 zu Art. 958.

mit einer Anwendung des Vorsichtsprinzips begnügen. Kontrolliert die Gesellschaft ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen, hat sie zudem eine konsolidierte Jahresrechnung, eine Konzernrechnung zu erstellen (Art. 963 OR). Schliesslich haben Publikumsgesellschaften zusätzlich Halbjahresberichte zu veröffentlichen (Art. 50 Abs. 1 KR).

B. Kommunikation mit den Aktionären

Sowohl nach geltendem Recht als auch nach der Revisionsvorlage richtet sich der Geschäftsbericht an die Aktionäre im Allgemeinen und spezifisch an die Generalversammlung, die die Berichte abzunehmen und über die Gewinnverwendung zu entscheiden hat.

1. Geltendes Recht : Auflage und Zustellung von Geschäfts- und Revisionsbericht

Das geltende Recht legt in Art. 696 OR Zeitpunkt und Weg fest, auf dem die Gesellschaft den Aktionären die Unterlagen zum Jahresabschluss zur Verfügung zu stellen hat. Geschäfts- und Revisionsbericht sind den Aktionären spätestens 20 Tagen vor der ordentlichen Generalversammlung am Gesellschaftssitz zur Einsicht aufzulegen, wobei jeder Aktionär verlangen kann, dass ihm unverzüglich eine Ausfertigung dieser Unterlagen zugestellt wird (Art. 696 Abs. 1 OR). Es handelt sich um eine zwingende Bestimmung, die durch die Statuten nicht eingeschränkt werden kann.⁴ Die Mindestfrist von 20 Tagen für die Auflage von Geschäfts- und Revisionsbericht deckt sich mit der Mindestfrist für die Einberufung der Generalversammlung (Art. 700 Abs. 1 OR). Die Form der Bekanntgabe richtet sich nach den statutarischen Bestimmungen, wobei die Mitteilung der Auflage der Dokumente an alle im Aktienbuch eingetragenen Namenaktionäre zwingend schriftlich zu erfolgen hat. Für die Bekanntgabe an Inhaberaktionäre ist zusätzlich zu den statutarisch vorgesehenen Publikationsorganen eine mindestens einmalige Veröffentlichung im Handelsamtsblatt erforderlich es sei denn, alle Inhaberaktionäre seien bekannt und hätten auf die Bekanntgabe verzichtet (Art. 696 Abs. 2 OR).⁵

Das geltende Recht sieht keine Pflicht der Gesellschaft vor, die Dokumente den Aktionären automatisch zuzustellen. Die Gesellschaft muss aber die Aktionäre darauf hinweisen, dass sie unverzüglich die Zustellung der Ausfertigung der

⁴ BSK OR II-NEUHAUS, MARKUS, R. / SUTER, DANIEL, N 2 zu Art. 696.

⁵ BSK OR II-NEUHAUS, MARKUS, R. / SUTER, DANIEL, N 7 zu Art. 696.

Dokumente verlangen können.⁶ Des Weiteren können die Aktionäre während eines Jahres nach der Generalversammlung den Geschäfts- und Revisionsbericht verlangen (Art. 696 Abs. 3 OR).⁷ Geltungszeitlich interpretiert dürfte für die Auflage des Geschäfts- und Revisionsberichts am Gesellschaftssitz eine elektronische Präsentation, etwa auf einem von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Tablet genügen. Dessen ungeachtet dürften die Aktionäre nach wie vor einen Anspruch auf Zustellung einer gedruckten Fassung der betreffenden Dokumente haben. Jedenfalls impliziert der Begriff der Ausfertigung der Unterlagen in Art. 696 Abs. 1 OR, dass diese in eine physisch greifbare Form gebracht werden. Dasselbe dürfte für den Anspruch auf Zustellung des genehmigten Geschäftsberichts und des Revisionsberichts gelten, der dem Aktionär während eines Jahres nach der Generalversammlung zusteht (Art. 696 Abs. 3 OR). Selbstverständlich können sich Aktionäre mit einer elektronischen Zustellung zufriedengeben.

2. Revisionsvorlage : Zugänglichmachung der Informationen

Mit der Aktienrechtsrevision soll die Aktiengesellschaft in einer - zumindest in der vom Nationalrat verabschiedeten Fassung - fast schon radikalen Weise von den Zwängen des Papiers und der festen Fristen befreit werden. Ausgangspunkt ist Art. 626 Ziff. 7 OR, gemäss welchem die Statuten die Form der Mitteilungen der Gesellschaft an ihre Aktionäre festzulegen haben. Die Statuten können dabei auch eine rein elektronische Kommunikation vorsehen. Beibehalten wird einzig die Frist von 20 Tagen für die Einberufung der Generalversammlung (Art. 700 Abs. 1 E-OR).⁸ Demgegenüber soll der Anspruch der Aktionäre auf Einsichtnahme am Gesellschaftssitz sowie auf Zustellung einer Ausfertigung der Unterlagen entfallen (Art. 696 Abs. 1 OR). Stattdessen sieht Art. 700 Abs. 3 E-OR in allgemeiner Weise vor, dass der Verwaltungsrat « *der Generalversammlung alle Informationen vor[legt], die für ihre Beschlussfassung notwendig sind* ». Den Kommunikationskanal lässt der Gesetzgeber offen, was sich insbesondere auch in Art. 700 Abs. 4 E-OR zeigt, gemäss welchem die Verhandlungsgegenstände in der Einladung summarisch dargestellt werden dürfen, wenn der Verwaltungsrat den Aktionären weiterführende Informationen « *auf anderem Weg zugänglich macht* ». Die Unterlagen könnten in klassischer Form gedruckt und per Post zugestellt werden, elektronisch über E-Mail und Messaging-Dienst oder sie könnten auch

⁶ BÖCKLI, PETER, § 12 N 80.

⁷ Vgl. BSK OR II-WEBER, ROLF, N 8 zu Art. 696.

⁸ Vgl. BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 553.

auf einer elektronischen Plattform zugänglich gemacht werden. Zeitliche Vorgaben macht der Gesetzgeber keine. Damit entfällt insbesondere die heute geltende Regel, wonach (selbst entscheidrelevante) Informationen den Aktionären zu Beginn der Einberufungsfrist verfügbar gemacht werden müssen. Immerhin ist der Bezug zur Willensbildung der Aktionäre zu beachten. Informationen, die die Grundlage für den Entscheid der Aktionäre in der Generalversammlung bilden, liegen dieser funktional gesehen nur dann vor, wenn ab dem Zeitpunkt des Zugangs genügend Zeit für einen fundierten Entscheid über die Stimmabgabe bleibt. Im Übrigen ist der Verwaltungsrat bei der Gestaltung des Informationsflusses zu den Aktionären an das Sachlichkeitsgebot gebunden. Im Sinne einer Faustregel wird er die entscheidrelevanten Informationen nach wie vor bereits im Zeitpunkt der Einberufung der Generalversammlung zugänglich zu machen haben. Ausnahmen müssen sachlich geboten und verhältnismässig sein.

Anstelle des Anspruchs, innert eines Jahres nach der Generalversammlung den Geschäfts- und Revisionsbericht verlangen zu können (Art. 696 Abs. 3 OR), soll neu ein Anspruch auf Zugang zum Protokoll treten, der innert 30 Tagen nach der Generalversammlung fällig wird (Art. 702 Abs. 4 E-OR).⁹ Der Anspruch auf Zugang zum Protokoll wird durch den Gesetzgeber zeitlich nicht begrenzt. Er unterliegt damit einzig der allgemeinen Verjährungsfrist von Art. 127 OR. Funktional verstanden zählen zum Protokoll Ausführungen und Voten der Teilnehmer der Generalversammlung und die Abstimmungsergebnisse, sowie auch die den Entscheiden zugrunde liegenden Dokumente und Unterlagen einschliesslich der in der Generalversammlung verwendeten Präsentationen.

3. Würdigung

Die Revisionsvorlage macht die Regeln über die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit ihren Aktionären zukunftsfähig. Sie ist damit zu begrüessen. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass sie von den Beteiligten ein gewisses Umdenken erfordern wird. Einfache Koordinationsregeln wie etwa die geltende Bestimmung, wonach der Geschäftsbericht 20 Tage vor der Generalversammlung am Sitz der Gesellschaft zur Einsicht aufliegen muss, sind, um den Preis der fehlenden Flexibilität, für jedermann leicht verständlich. Gut denkbar, dass sich noch die eine oder andere für die Organisation einer

⁹ BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 561 f.

Generalversammlung zuständige Person nach den Zeiten zurücksehen wird, in denen das Gesetz im Detail vorschrieb, wie vorzugehen ist

II. Informationsrechte

Die Informationsrechte geben den Aktionären ein Instrument in die Hand, um von sich aus weitere Informationen über relevante Entwicklungen in der Gesellschaft einzufordern. Sie gliedern sich in das Auskunfts- und das Einsichtsrecht

A. Auskunftsrecht

Das Auskunftsrecht ermöglicht den Aktionären, aus eigener Initiative vom Verwaltungsrat Informationen über die Gesellschaft zu verlangen, die über den Geschäftsbericht hinausgehen. Jeder Aktionär ist berechtigt, Auskunft zu verlangen. Das Auskunftsrecht ist zwingender Natur. Es kann in den Statuten nicht eingeschränkt werden.¹⁰ Im geltenden Recht kann das Auskunftsrecht nur an der Generalversammlung ausgeübt werden. Künftig soll den Aktionären von Gesellschaften, deren Titel nicht an einer Börse kotiert sind, zusätzlich ein als Minderheitenrecht ausgestaltetes Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung eingeräumt werden

1. Gegenstand des Auskunftsanspruchs

Gegenstand des Auskunftsrechts sind « *die Angelegenheiten der Gesellschaft* » (Art. 697 Abs. 1 OR). Keine « *Angelegenheiten der Gesellschaft* » sind öffentlich zugängliche Informationen. Ein Auskunftsanspruch kann von vornherein nur bezüglich Informationen bestehen, die ausschliesslich oder zumindest primär der Gesellschaft zur Verfügung stehen. Von der Revisionsstelle können Auskünfte über die Durchführung und Ergebnisse der Revision eingeholt werden (Art. 697 Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle ist auskunftspflichtig, soweit sie an der Generalversammlung vertreten ist.¹¹

Ein konkreter Anspruch auf Auskunft besteht nur soweit, als die Informationen für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind (Art. 697 Abs. 2 OR).

¹⁰ FORSTMOSER, PETER, S. 99 ; KUNZ, PETER, S. 884.

¹¹ Vgl. BÖCKLI, PETER, § 12 N 149 ff.

Erforderlich heisst objektiv relevant und nicht unabdingbar notwendig.¹² Während der Generalversammlung entscheiden die Aktionäre über die Genehmigung der Jahresrechnung und über die Entlastung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. In diesem Zusammenhang können die Aktionäre insbesondere Auskünfte verlangen, die für die Beurteilung der Rechnungslegung oder Geschäftsführung relevant sind und die sich nicht bereits aus dem Geschäftsbericht ergeben.¹³ Weiter kann Auskunft über die zu wählenden Mitglieder des Verwaltungsrats verlangt werden. Gegenstand des Auskunftsrechts können auch Tatsachen sein, die im Hinblick auf eine mögliche Verantwortlichkeits- (Art. 754 ff. OR), Rückerstattungs- (Art. 678 OR) oder Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) relevant sind. Dasselbe gilt für Geschäfte der Generalversammlung, wie Entscheide über eine Kapitalerhöhung, Statutenänderung oder Fusion.¹⁴

Die Regeln über die Erforderlichkeit der Auskünfte für die Ausübung der Aktionärsrechte sollen unverändert ins revidierte Aktienrecht übernommen werden (vgl. Art. 697 Abs. 1 und Abs. 4 E-OR). Bezüglich der materiellen Anforderungen an das Auskunftsbegehren wird die Aktienrechtsrevision also keine grundlegende Veränderung bringen.

2. Auskunft an der Generalversammlung

Das Auskunftsrecht gibt einen individuellen Anspruch auf kollektive Information.¹⁵ Seine Ausübung bedingt grundsätzlich die physische Anwesenheit der auskunftsstellenden Person an der Generalversammlung. Konzeptionell baut das Auskunftsrecht an der Generalversammlung auf dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Generalversammlung auf. Die ordnungsgemäss konstituierte Generalversammlung wird unabhängig von der tatsächlichen Präsenz der Aktionäre als Ort des Zusammenkommens aller Eigentümer der Gesellschaft verstanden und behandelt. Das Gesetz unterstellt deshalb, dass mit der mündlichen Erteilung der Auskunft an der Generalversammlung die Gleichbehandlung der Aktionäre gewährleistet ist. In der Realität beschränkt sich allerdings die Unmittelbarkeit auf die anwesenden Aktionäre. Gleicher Zugang im Sinne der gleichen Möglichkeit, an der Generalversammlung teilzunehmen und dort von den erteilten Auskünften Kenntnis zu nehmen, schafft materiell

¹² Urteil (des Bundesgerichts) 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 4.3.1 ; BSK OR II-WEBER, ROLF, N 7 zu Art. 697.

¹³ FORSTMOSER, PETER, S. 92.

¹⁴ Zum Ganzen vgl. FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTUR / NOBEL, PETER, § 28 N 84 ff.

¹⁵ BSK OR II-WEBER, ROLF, N 2 zu Art. 697.

gesehen noch keinen Informationsgleichstand. Erst über das Protokoll der Generalversammlung erhalten auch die Aktionäre, die an der Generalversammlung nicht anwesend waren, Kenntnis von Auskunftsbegehren und ihrer Beantwortung durch den Verwaltungsrat. Nach Art. 702 Abs. 3 OR sind die Aktionäre « *berechtigt, das Protokoll einzusehen* ». ¹⁶ Das Gesetz geht von einem physisch geführten Protokoll aus, in das am Sitz der Gesellschaft Einsicht genommen werden muss. Den Aktionären steht kein Recht auf Aushändigung oder Zustellung einer Kopie zu. Dem Zugang der nicht an der Generalversammlung anwesenden Aktionäre zu den erteilten Auskünften stehen also rein faktisch gesehen substanzielle Hindernisse entgegen.

Nach der Revisionsvorlage können die Aktionäre wie erwähnt « *verlangen, dass [ihnen] das Protokoll innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung zugänglich gemacht wird* » (Art. 702 Abs. 4 E-OR). ¹⁷ Gegenüber der heutigen Rechtslage bringt diese Neuerung eine deutliche Vereinfachung des Zugangs und damit eine wesentlich bessere Transparenz über die Auskünfte mit, die an der Generalversammlung erteilt worden sind. Dies gilt umso mehr, als davon auszugehen ist, dass das Protokoll nur dann im Sinne des revidierten Rechts « *zugänglich* » ist, wenn den Aktionären ein Zugreifen ohne weiteren Aufwand möglich ist. Technisch kommt dafür der elektronische Zugriff auf eine Plattform bei der Gesellschaft, die Zustellung in elektronischer Form oder die Zustellung als gedrucktes Dokument in Frage.

3. Auskunft ausserhalb der Generalversammlung

Die Beschränkung des Auskunftsanspruchs der Aktionäre auf die Generalversammlung nach geltendem Recht bringt zwei Probleme mit sich: Einerseits wird der Verwaltungsrat nicht jede Auskunft an Ort und Stelle erteilen können. Andererseits können sich auch innerhalb eines Geschäftsjahrs neue Informationsbedürfnisse ergeben. Bei Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Aktien sorgt die Ad hoc-Publizitätspflicht zumindest für alle kursrelevanten Entwicklungen für den notwendigen Informationsfluss von der Aktiengesellschaft zu den Aktionären. Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, soll neu ein Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung die aktuell bestehende Lücke schliessen.

¹⁶ BGE 132 III 71 E. 2.1 ; vgl. BSK OR II-DUBS, DIETER / TRUFFER, ROLAND, N 29 zu Art. 702.

¹⁷ BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 561 f.

a) Minderheitenrecht

Während das Auskunftsrecht in der Generalversammlung als Individualrecht konzipiert ist, als ein Recht also, das von jedem Aktionär individuell und unabhängig von der Grösse seiner Beteiligung geltend gemacht werden kann, ist das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung ein Minderheitenrecht, dessen Ausübung eine Mindestbeteiligung von 10 % am Aktienkapital oder an den Stimmen voraussetzt, allenfalls in gemeinsamer Ausübung durch Aktionäre, die zusammen über die notwendige Beteiligung verfügen (Art. 697 Abs. 2 E-OR).¹⁸

b) Erteilung der Auskunft

Der Verwaltungsrat hat die Auskunft innert vier Monaten nach Stellung des Gesuchs zu erteilen (Art. 697 Abs. 3 E-OR). Während das Auskunftsbegehren schriftlich zu stellen ist, äussert sich das Gesetz nicht zur Form, in der der Verwaltungsrat die Auskunft zu erteilen hat. Immerhin hat er « [a]lle Antworten [...] *spätestens an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen* » (Art. 697 Abs. 3 E-OR). Diese Pflicht bedingt eine Dokumentation der Auskünfte, was insbesondere eine rein mündliche, bspw. telefonische Beantwortung ausschliessen würde. Im Übrigen ist unter Bezugnahme auf die Regeln für die Zugänglichmachung des Geschäftsberichts davon auszugehen, dass eine Bereitstellung der Informationen in elektronischer Form und damit generell auch eine Auskunftserteilung in elektronischer Form genügen muss.¹⁹

c) Gleichbehandlung

Im Gegensatz zur Erteilung von Auskünften im Rahmen der Generalversammlung kann bei der Auskunftserteilung ausserhalb der Generalversammlung auch nicht im Sinne einer Fiktion von der Unmittelbarkeit und damit vom gleichen Zugang aller Aktionäre zu den Informationen ausgegangen werden. Damit stellt sich bei Auskünften ausserhalb der Generalversammlung in qualifizierter Weise die Frage nach der Gleichbehandlung der Aktionäre. Die Tatsache, dass das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung nur bei Aktiengesellschaften ohne kotierte Titel zur Verfügung steht, entschärft dieses Problem nur scheinbar. Es besteht auch bei nicht kotierten Aktien ein Interesse der Aktionäre an einer grundsätzlichen Handelbarkeit ihrer Titel. Informations-

¹⁸ BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 540 ; VOGT, HANS-UELI / SCHIWOW, EMANUEL / WIEDMER, KARIN, S. 1361.

¹⁹ Vgl. VOGT, HANS-UELI / SCHIWOW, EMANUEL / WIEDMER, KARIN, S. 1361.

ungleichstände aber können einzelne Aktionäre oder Kaufsinteressenten beim Abschluss von Kaufverträgen über die Aktien benachteiligen. Letztlich stellen sich hier Probleme des Insiderhandels, akzentuiert durch das Fehlen einer entsprechenden Strafnorm für nicht kotierte Titel. Hinzu kommt, dass die Aktien einer ganzen Reihe von Aktiengesellschaften börsenähnlich über multilaterale Handelssysteme oder organisierte Handelssysteme gehandelt werden, ohne dass formell eine Kotierung im Sinne des FinfraG vorliegen würde.

Das Gesetz kennt keine Treue- und mithin auch keine Geheimhaltungspflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft.²⁰ Die auskunftssuchenden Aktionäre können die erhaltenen Informationen frei und im eigenen Interesse verwenden, was die Frage der informationellen Gleichbehandlung aufwirft.²¹ Mangels gesetzlicher Grundlage kann die Auskunftserteilung nicht vom vorgängigen Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung abhängig gemacht werden. Soweit der Verwaltungsrat die Auskunft unter Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft verweigern könnte, ist immerhin denkbar, dass er den auskunftssuchenden Aktionären die Auskunftserteilung unter Vorbehalt des vorgängigen Abschlusses einer Geheimhaltungsvereinbarung anbietet. Dabei hat er auf das Gebot der Verhältnismässigkeit hinzuweisen. Auch die Strafbestimmung zur Ausnutzung von Insiderinformationen (Art. 142 FinfraG) findet auf den Handel mit nicht börsenkotierten Aktien keine Anwendung.²² Der Anspruch der Aktionäre auf informationelle Gleichbehandlung ergibt sich deshalb nur, aber immerhin aus Art. 717 Abs. 2 OR.²³ Besonders ausgeprägt gilt dies, wenn die Aktien mit Zustimmung der Gesellschaft ausserbörslich gehandelt werden. Kann der Verwaltungsrat mit den auskunftersuchenden Aktionären keine Geheimhaltungs- und Handelsverzichtsvereinbarung abschliessen, wird er deshalb in aller Regel gezwungen sein, die Auskünfte analog einer Ad-hoc Publizitätsmeldung unverzüglich sämtlichen Aktionären zugänglich zu machen.

d) Würdigung

Minderheitsaktionäre können mit dem Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung einerseits ihr Informationsbedürfnis decken und, was durchaus legitim sein kann, andererseits auch ein gewisses Misstrauen oder

²⁰ FORSTMOSER, PETER, 128 ; vgl. FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, § 42 N 24 ff.

²¹ WEBER, ROLF, S. 211.

²² BSK FinfraG-HOCH, MARIEL / HOTZ, BASIL, N 9 f. zu Art. 142.

²³ BSK OR II-WATTER, ROLF / ROTH PELLANDA, KATJA, N 1 zu Art. 717.

jedenfalls Missbehagen gegenüber Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zum Ausdruck bringen. Darüber hinaus besteht aber auch ein gewisses Risiko, dass das Auskunftsrecht missbräuchlich und mit dem einzigen Ziel ausgeübt wird, den Verwaltungsrat in seiner Handlungsfreiheit einzuschränken. Nachdem der Verwaltungsrat die Auskunft allerdings nur soweit zu erteilen hat, als sie zur « *Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist* », dürfte er sich problemlos gegen zweckwidrige Auskunftsbegehren zur Wehr setzen können.²⁴ Wie erwähnt hat nämlich der auskunftssuchende Aktionär im Einzelnen darzutun, inwiefern die Auskunft in einem Zusammenhang zur Ausübung eines Aktionärsrechts steht. Insbesondere wird der Verwaltungsrat eine Auskunft ausserhalb der Generalversammlung immer dann verweigern können, wenn das Aktionärsrecht, auf das sich die Aktionäre bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs berufen, ohnehin erst im Rahmen der nächsten ordentlichen Generalversammlung relevant wird.

B. Einsichtsrecht

Das Einsichtsrecht soll im Revisionsprojekt formell nicht mehr zusammen mit der Bestimmung über das Auskunftsrecht, sondern neu eigenständig geregelt werden (Art. 697a E-OR).²⁵ Ist das Einsichtsrecht heute als Individualrecht ausgestaltet, soll es neu als Minderheitenrecht konzipiert werden. Es soll Aktionären zustehen, die zusammen mindestens 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten (Art. 697a Abs. 1 E-OR).²⁶

Nach geltendem Recht können die Aktionäre nur mit einer ausdrücklichen Ermächtigung der Generalversammlung oder aufgrund eines Beschlusses des Verwaltungsrats Einsicht in die « *Geschäftsbücher und Korrespondenzen* » der Gesellschaft nehmen (Art. 697 Abs. 3 OR). Systembedingt kann die Generalversammlung in weitgehend freiem Ermessen über die Gewährung und Verweigerung des Einsichtsrechts entscheiden. Demgegenüber ist das Ermessen des Verwaltungsrats rein technisch gesehen durch die ihn treffende Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Führung der Geschäfte eingeschränkt.²⁷

Das revidierte Aktienrecht dagegen gibt den Aktionären unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen sie Auskunft beanspruchen können, auch ein Recht auf Einsicht : « *Die Einsicht [in Geschäftsbücher und Akten] muss gewährt*

²⁴ VOGT, HANS-UELI / SCHIWOW EMANUEL / WIEDMER, KARIN, S. 1361.

²⁵ WEBER, ROLF, S. 214.

²⁶ VON DER CRONE, HANS CASPAR / ANGSTMANN, LUCA, S. 11.

²⁷ BSK OR II-WEBER, ROLF, N 18 zu Art. 697.

werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist » (Art. 697a Abs. 3 E-OR). Das Erfordernis der ausdrücklichen Ermächtigung durch die Generalversammlung beziehungsweise eines Beschlusses des Verwaltungsrats entfällt. Eine Verweigerung der Einsichtnahme muss der Verwaltungsrat aber schriftlich begründen. Beim Entscheid hat er insbesondere auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Lassen sich die Interessen der Gesellschaft beispielsweise durch eine Beschränkung des Umfangs der Einsicht oder durch Schwärzungen von einzelnen Passagen schützen, so darf die Einsicht nicht vollständig verweigert werden.²⁸ Der Generalversammlung kommt neu im Bereich des Einsichtsrechts keine Kompetenz mehr zu.²⁹

Im geltenden Recht sind « *Geschäftsbücher und Korrespondenzen* » Gegenstand des Einsichtsrechts (Art. 697 Abs. 3 OR). Diese beiden Begriffe sind nach Rechtsprechung des Bundesgerichts weit auszulegen.³⁰ Insbesondere gehören zu den Geschäftsbüchern auch die Generalversammlungsprotokolle.³¹ Im Rahmen der Aktienrechtsrevision bilden « *Geschäftsbücher und Akten* » der Gesellschaft Gegenstand des Einsichtsrechts (Art. 697a Abs. 1 E-OR). Gemäss Bundesrat wird der Gegenstand des Einsichtsrechts wie auch unter dem geltenden Obligationenrecht extensiv ausgelegt.³² Mit der Einführung des Begriffs « *Akten* » anstelle von « *Korrespondenzen* » ist eine Annäherung an das GmbH-Recht beabsichtigt. Auf materieller Ebene soll es aber keine grundlegenden Änderungen geben. Gemäss Art. 697a Abs. 2 E-OR ist es den Aktionären erlaubt, während der Einsichtnahme Notizen zu machen. Gemäss Bundesrat darf das Einsichtsrecht bei komplexen Gegenständen « *nicht ins Leere laufen* ». Auch können Aktionäre von einer fachkundigen Person begleitet werden.³³

C. Grenzen der Informationsrechte

Die Aktionäre sind der Gesellschaft gegenüber wie erwähnt nicht treuepflichtig. Dementsprechend müssen Aktionäre Informationen, die ihnen die Gesellschaft aufgrund des Rechts auf Auskunft oder Einsicht zugänglich gemacht hat, nicht

²⁸ VON DER CRONE, HANS CASPAR / ANGSTMANN, LUCA, S. 11.

²⁹ BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 542.

³⁰ Urteil (des Bundesgerichts) 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 6.2 ; BGE 132 III 71 E. 1.2.

³¹ BSK OR II-WEBER, ROLF, N 16 zu Art. 697.

³² BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 541.

³³ BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 542.

vertraulich behandeln. Was einem Aktionär offengelegt wird, kann dieser einem beliebigen Dritten und insbesondere auch einem Konkurrenten weitergeben.³⁴ Konsequenterweise kann der Verwaltungsrat die Auskunft oder Einsicht verweigern, « *wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden* » (Art. 697 Abs. 2 OR).³⁵

Im Entwurf des Bundesrats zur Aktienrechtsrevision hätte der Begriff der « *schutzwürdigen Interessen* » durch den Begriff der « *vorrangigen Interessen* » ersetzt werden sollen. Angestrebt war eine leichte Verlagerung der Gewichte in der Interessenabwägung. Das Geheimhaltungsinteresse wäre, nach der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung, von vornherein wertend dem Auskunftsinteresse der Aktionäre gegenüberzustellen gewesen. Eine Verweigerung der Auskunft oder Einsicht wäre nur zu rechtfertigen, wenn das Geheimhaltungsinteresse Vorrang hätte beanspruchen können.³⁶ Der Nationalrat ist in diesem Punkt auf die Formel des geltenden Rechts zurückgegangen.³⁷

Lehre und Rechtsprechung³⁸ unterscheiden im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht zwischen relativen und absoluten Geschäftsgeheimnissen.³⁹ Als Abgrenzungskriterium wird dabei die Geheimnisherrschaft herangezogen. Liegt diese bei der Gesellschaft, liegt ein relatives Geschäftsgeheimnis vor, liegt sie bei einer Drittperson, handelt es sich um ein absolutes Geschäftsgeheimnis. Nachfolgend soll stattdessen zwischen Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft und Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber Dritten unterschieden werden. Beim Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 697 Abs. 4 E-OR liegt die Geheimnisherrschaft bei der Gesellschaft selbst. Das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft ist in diesem Fall gegen das Informationsinteresse der auskunftsersuchenden Aktionäre abzuwägen. Ausnahmsweise wird die Geheimnisherrschaft der Gesellschaft von einem Geheimhaltungsanspruch eines Dritten überlagert oder verdrängt. Gesetzliche Geheimhaltungsansprüche Dritter gehen dem Recht der Aktionäre auf Auskunft vor. Vertraglich begründete Geheimhaltungsansprüche Dritter sind als « *andere schutzwürdige Interessen* » in die Interessenabwägung miteinzubeziehen.

³⁴ FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, § 40 N 148.

³⁵ Vgl. BSK OR II-WEBER, ROLF, N 8 zu Art. 697.

³⁶ VON DER CRONE, HANS CASPAR / ANGSTMANN, LUCA, S. 11.

³⁷ Vgl. WEBER, ROLF, S. 212.

³⁸ Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 4.3.3.1.

³⁹ VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 8 N 92.

1. Geschäftsgeheimnisse

Geschäftsgeheimnisse sind nicht öffentlich bekannte Informationen, bezüglich derer die Gesellschaft ein objektives Geheimhaltungsinteresse und eine subjektive Geheimhaltungsabsicht hat. Was bereits öffentlich ist, und sei es auch als Folge ungenügender Geheimhaltung oder eines Lecks, ist nicht mehr Teil des Geschäftsgeheimnisses und die Auskunft kann deshalb nicht mit Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis verweigert werden. Immerhin wird sich in Sorgenfällen die Frage stellen, ob der Auskunftsanspruch nicht am Kriterium der Erforderlichkeit scheitert.

An einem Geschäftsgeheimnis fehlt es, wenn keine subjektive Geheimhaltungsabsicht besteht, d.h., wenn die Organe der Gesellschaft gar nicht die Absicht haben, die betreffenden Informationen konsequent geheim zu halten. Ein Beispiel sind Informationen, die einzelnen Marktteilnehmern bekannt gemacht worden sind (selective disclosure), ohne dass gleichzeitig eine Geheimhaltungsvereinbarung abgeschlossen worden wäre. Schliesslich kann die subjektive Geheimhaltungsabsicht auch durch die Kommunikation der Gesellschaft kompromittiert sein, etwa wenn diese offensiv über Erfolge im Absatz oder in Forschung und Entwicklung berichtet hat. Wurde ein Projekt als Erfolg vermarktet, wird sich der Verwaltungsrat bei späteren Fragen zum Projektstand nicht ohne weiteres auf das Geschäftsgeheimnis berufen können.

Ein objektives Geheimhaltungsinteresse hat die Gesellschaft positiv ausgedrückt an Informationen, die ihr auf den Märkten, auf denen sie tätig ist, einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, negativ ausgedrückt an Informationen, deren Bekanntwerden Mitbewerbern in die Hände spielen würde. Ein objektives Geheimhaltungsinteresse hat die Gesellschaft beispielsweise an Kundenlisten oder Know-how über Produktionsverfahren, die für ihre Wettbewerbsfähigkeit essenziell sind. Auch Reputationsüberlegungen können in die Abwägung mit einfließen. Beruft sich der Verwaltungsrat auf eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen oder des Geschäftsgeheimnisses, muss dies « *durch konkretes Vorbringen behauptet werden und zudem als wahrscheinlich erscheinen* ».⁴⁰

2. Geheimhaltungsanspruch Dritter

Aus Arbeits- und Persönlichkeits- oder Datenschutzrecht kann sich ein gesetzlicher Anspruch auf Geheimhaltung ergeben, über den nur die Drittperson

⁴⁰ BGE 109 II 47 E. 3b.

disponieren kann. Gesetzliche Geheimhaltungsansprüche gehen dem Auskunftsanspruch der Aktionäre vor. Das Recht der Aktionäre auf Auskunft hat aber zwingenden Charakter. Die Gesellschaft kann Dritten nur soweit einen vertraglichen Geheimhaltungsanspruch einräumen, als dies mit dem Auskunftsrecht vereinbar ist, d.h. mit anderen Worten nur soweit, als sie eine Auskunft gestützt auf Art. 697 Abs. 4 E-OR unter Verweis auf ihr eigenes Geschäftsgeheimnis oder auf « *andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft* » verweigern kann.⁴¹ Zu diesen anderen schutzwürdigen Interessen kann das Interesse der Gesellschaft zählen, Geheimhaltungsvereinbarungen mit Dritten einzuhalten. Hat sich der Verwaltungsrat beim Abschluss der Geheimhaltungsvereinbarung von sachlichen Kriterien leiten lassen, kann er eine Auskunft, mit der er die Geheimhaltungsvereinbarung verletzt, grundsätzlich unter Hinweis auf die anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft verweigern. Der formelhafte Hinweis auf eine Vertragsklausel dagegen, nach der die Parteien gegenseitig Stillschweigen vereinbart hätten, bildet für sich alleine keine tragfähige Grundlage für die Verweigerung der Auskunft. Geheimhaltungsvereinbarungen, die ersichtlich einzig dem Zweck dienen, das Auskunftsrecht der Aktionäre einzuschränken, verstossen gegen Art. 697 Abs. 4 E-OR und sind damit widerrechtlich und nichtig.

D. Verfahren

Wird das Gesuch um Auskunft oder Einsicht abgelehnt, sind die Aktionäre nach geltendem Recht befugt, das Gericht anzurufen (Art. 697 Abs. 4 OR). Das geltende Recht kennt keine Formvorschrift für die Ablehnung des Begehrens, sowie keine Frist für die Klageeinleitung.⁴² Das Gericht prüft insbesondere, ob Ausmass der Geschäftsgeheimnisse oder weitere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft die Verweigerung der Auskunft oder Einsicht rechtfertigen.⁴³

Gemäss Revisionsvorlage ist die Verweigerung der Auskunft oder Einsichtnahme immer schriftlich zu begründen (Art. 697 Abs. 4 E-OR und 697a Abs. 3 E-OR). Verweigert der Verwaltungsrat das Begehren, steht dem Aktionär das im Gesetz

⁴¹ BOTSCHAFT vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 455 f.

⁴² Urteil (des Bundesgerichts) 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 3 ; BSK OR II-WEBER, ROLF, N 20 zu Art. 697.

⁴³ Vgl. BGE 109 II 47 E. 3.1.

ausdrücklich geregelte Recht zu, innert 30 Tagen vom Gericht die Anordnung der Auskunft oder Einsicht zu verlangen (Art. 697b E-OR).⁴⁴

Schlussbemerkungen

Die Regeln über die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären werden mit der Revisionsvorlage für neue Kommunikationskanäle geöffnet und inhaltlich mit Augenmass soweit erweitert, als heute klare Defizite bestehen. Im Zusammenhang mit der Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären stellt die Revisionsvorlage ein Beispiel für eine gelungene Modellpflege dar.

⁴⁴ BOTSCHAFT zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 542.

Literaturverzeichnis

- BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009
- FORSTMOSER, PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, Zürich 1997
- FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- HONSELL, HEINRICH / VOGT NEDIM, PETER / WATTER, ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. : BSK OR II- BEARBEITER)
- KUNZ, PETER, Das Informationsrecht des Aktionärs, AJP 2001, S. 883-900
- SETHE, ROLF / FAVRE, OLIVIER / HESS, MARTIN / KRAMER, STEFAN / SCHOTT, ANSGAR (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit.: SK FinfraG-BEARBEITER)
- VOGT, HANS-UELI / SCHIWOW, EMANUEL / WIEDMER, KARIN, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 2009, S. 1359-1388
- VON DER CRONE, HANS CASPAR / ANGSTMANN, LUCA, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2007, S. 3-24
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktienrecht, Zürich 2014
- WEBER, ROLF, Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 2010, S. 207-222